



**University of
Zurich**^{UZH}

**Zurich Open Repository and
Archive**

University of Zurich
University Library
Strickhofstrasse 39
CH-8057 Zurich
www.zora.uzh.ch

Year: 2012

BGH, Urteil v. 22.12.2011 - 2 StR 509/10

Wohlers, Wolfgang

DOI: <https://doi.org/10.1515/juru-2012-0386>

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich

ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-67074>

Journal Article

Published Version

Originally published at:

Wohlers, Wolfgang (2012). BGH, Urteil v. 22.12.2011 - 2 StR 509/10. Juristische Rundschau, (9):386-391.

DOI: <https://doi.org/10.1515/juru-2012-0386>

Straf- und Strafprozessrecht

GG Art. 1 Abs. 2; Art. 2 Abs. 1; StPO § 100 f.

Ein in einem Kraftfahrzeug mittels akustischer Überwachung aufgezeichnetes Selbstgespräch eines sich unbeobachtet fühlenden Beschuldigten ist im Strafverfahren – auch gegen Mitbeschuldigte – unverwertbar, da es dem durch Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 absolut geschützten Kernbereich der Persönlichkeit zuzurechnen ist (im Anschluss an BGH, Urteil vom 10. August 2005, 1 StR 140/05, BGHSt 50, 206).

BGH, Urt. v. 22. 12. 2011 – 2 StR 509/10*.

Aus den Gründen:

1 Das Landgericht hat die Angeklagten jeweils wegen Mordes zu lebenslanger Freiheitsstrafe verurteilt. Hiergegen richten sich die auf die Verletzung formellen und materiellen Rechts gestützten Revisionen der Angeklagten. Die Rechtsmittel haben mit einer Verfahrensrüge Erfolg.

A.

2 Das Landgericht hat folgendes festgestellt:

3 Die Angeklagten S. und I. K. sind Geschwister, der Angeklagte W. K. ist der Ehemann von I. K., deren Ehe trotz Kinderwunschs kinderlos blieb. Die Angeklagten I. und W. K. verfügen über ein Haus, in dem auch der Angeklagte S. K. nach seiner Übersiedlung aus Chemnitz nach der Wiedervereinigung Deutschlands eine Wohnung erhielt. Dort nahm der Angeklagte S. K. im Jahre 2001 seine Ehefrau L. auf, die er auf den Philippinen geheiratet hatte. Am 7. Februar 2002 wurde der Sohn M. der Eheleute geboren. Die Angeklagten I. und W. K. mischten sich in deren Angelegenheiten ein, was L. zunehmend störte. Während der Angeklagte S. K. sich wenig um sein Kind kümmerte, wurde der Junge von den Angeklagten I. und W. K. wie ihr eigenes Kind behandelt. Vor diesem Hintergrund kam es zu Spannungen zwischen den Eheleuten L. und S. K. . L. zog am 28. September 2005 zusammen mit ihrem Sohn aus der Ehewohnung aus und bezog eine eigene Wohnung in K. Der Angeklagte W. K. bot ihr Geld für den Fall an, dass sie das Kind im Hause K. aufwachsen lassen werde. L. lehnte dies entschieden ab. Am 18. Januar 2006 einigten sich die Eheleute über den Unterhalt. Am 27. Januar 2006 beantragte die Angeklagte I. K. ein eigenes Umgangsrecht mit dem Kind; der Antrag blieb jedoch in allen Instanzen erfolglos. Der Angeklagte S. K. erhielt vom Familiengericht ein Umgangsrecht zugesprochen. Er befürchtete jedoch, dass seine Ehefrau nach der Scheidung weit wegziehen werde, um seinen Kontakt mit dem Sohn zu vereiteln.

4 Im Frühjahr 2007 beschlossen die Angeklagten, dass das Problem durch die Tötung von L. gelöst werden solle. Einzelheiten dazu waren nicht feststellbar.

5 Im März und April 2007 renovierte der Angeklagte S. K. das Kinderzimmer in der Wohnung von L. und führte weitere Arbeiten durch. Er wechselte auch das Schloss der Wohnungstür aus. L. hegte angesichts dieser Arbeiten die Hoffnung auf einen Neubeginn der Beziehung zu ihrem Ehemann, die sich jedoch nicht realisierte. Am Mittwoch, dem 18. April 2007 telefonierte sie zweimal mit ihrem Ehemann. Ein anschließendes Telefonat mit einer Freundin beendete sie um 14.45 Uhr mit dem Hinweis, dass ihr Ehemann erscheine. Der Angeklagte S. K. kam aber nicht alleine, sondern in Begleitung der Mitangeklagten I. und W. K.

Er nahm seinen Sohn in Empfang und sagte diesem, er dürfe jetzt 50mal beim Vater schlafen. Dann fuhren die Angeklagten mit dem Kind davon.

6 Der Angeklagte S. K. suchte später im Einvernehmen mit den Angeklagten I. und W. K. seine Ehefrau in deren Wohnung auf und tötete sie, um zu ermöglichen, dass das Kind bei den Angeklagten aufwachsen könne. Einzelheiten der Tatausführung blieben ungeklärt, da keine Spuren auffindbar waren. Trotz umfangreicher Suche der Ermittlungsbehörden wurde die Leiche der Getöteten nicht gefunden.

7 Das Landgericht hat dies als Mord aus niedrigen Beweggründen bewertet und die Angeklagten jeweils als Mittäter angesehen.

B.

8 Die Revisionen der Angeklagten haben mit einer Verfahrensrüge Erfolg.

9 I. Im Vorverfahren wurden verschiedene verdeckte Überwachungsmaßnahmen durchgeführt. Unter anderem fand mit ermittlungsrichterlicher Gestattung gemäß § 100 f StPO in Verbindung mit §§ 100 b Abs. 1, 100 d Abs. 2 StPO eine elektronische Überwachung im Auto des Angeklagten S. K. statt. Dabei wurden dessen Selbstgespräche, als er sich alleine im Auto befand, an mehreren Tagen aufgezeichnet und später in die Hauptverhandlung eingeführt sowie im Urteil des Landgerichts verwertet.

10 Am 22. Oktober 2007 war auf den umfangreichen Aufzeichnungen neben zahlreichen unerheblichen Äußerungen auch die Bemerkung zu hören: «... die L. ist schon lange tot, die wird auch nicht wieder ... kannste

natürlich nicht sagen ...». Am 23. Oktober 2007 fielen im Rahmen der Selbstgespräche die Worte: »Richter« und »wie? Mord?«, ... sowie »oho I kill her ... oh yes, oh yes ... and this is my problem ...«, ferner «... ich würde mal sagen, es wird jetzt wohl so sein, dass die Polizei mal auf eure Truppe kommt». Am 26. Oktober 2007 konnte den Selbstgesprächen die Anmerkung entnommen werden: «...ja, was soll ich sagen, die Situation ist kritisch ...». Am 29. Oktober 2007 erklärte der Angeklagte S. K. im Selbstgespräch unter anderem, es sei: «... langweilig, der das Gehirn rausprügeln ... kann ich dir sagen, joh und weg damit ... werde auch keine mehr wegnallen ... nö I.» wir haben sie tot gemacht ...». Schließlich war aus einem weiteren Selbstgespräch am selben Tag zu späterer Stunde herauszuhören: «...ist eben lebenslang und fertig aus, lebenslang ... war nicht alt ...».

11 Das Landgericht hat darin ein geständnisgleiches Indiz für die Tötung von L. durch den Angeklagten S. K. gesehen. Die Bemerkung »nö I.» wir haben sie tot gemacht« deute zudem auf Mittäterschaft hin. Die Schwurgerichtskammer hat angenommen, die Selbstgespräche seien verwertbar. Der unantastbare Kernbereich der privaten Lebensgestaltung werde dadurch nicht berührt, denn es liege inhaltlich ein Bezug der Äußerungen zu dem Tötungsverbrechen vor. Dadurch verliere ein Selbstgespräch den Charakter des Höchstpersönlichen. Die Revisionen der Angeklagten machen demgegenüber ein Beweisverwertungsverbot geltend.

12 II. Die Verfahrensrüge ist begründet.

13 1. Das nichtöffentlich geführte Selbstgespräch unterliegt einem selbständigen Beweisverwertungsverbot von Verfassungs wegen (vgl. BGH, Urteil vom 10. August 2005 – 1 StR 140/05, BGHSt 50, 206, 210; Dalakouras, Beweisverbote bezüglich der Achtung der Intimsphäre, 1988, S. 264; LR/Gössel, StPO,

26. Aufl., Einl. L Rdn. 88; Jahn, Gutachten C zum 67. Deutschen Juristentag 2008, C 84; Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, 26. Aufl., § 36 Rdn. 45; SK/Wolter, StPO, 4. Aufl. 2010, § 100 f Rdn. 35).

14 a) Der absolut geschützte Kernbereich der Persönlichkeitsentfaltung wird aus Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG hergeleitet (vgl. BVerfG, Beschluss vom 31. Januar 1973 – 2 BvR 454/71, BVerfGE 34, 238, 245; Beschluss vom 14. September 1989 – 2 BvR 1062/87, BVerfGE 80, 367, 373). Sein Schutzbereich wird durch heimliche Aufzeichnung des nichtöffentlich geführten Selbstgesprächs der Zielperson staatlicher Ermittlungsmaßnahmen und deren Verwertung in der Hauptverhandlung berührt (vgl. BGH, Urteil vom 10. August 2005 – 1 StR 140/05, BGHSt 50, 206, 212). Ob das nichtöffentlich gesprochene Wort zum absolut geschützten Kernbereich oder zu dem nur relativ geschützten Bereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts gehört, ist durch Gesamtbewertung aller Umstände im Einzelfall festzustellen. Aus einer Kumulation von Umständen folgt hier, dass die Selbstgespräche des Angeklagten S. K. dem Kernbereich zuzurechnen sind. Dazu zählen die Eindimensionalität der »Selbstkommunikation«, die Nichtöffentlichkeit der Äußerungssituation, die mögliche Unbewusstheit der Äußerungen im Selbstgespräch, die Identität der Äußerung mit den inneren Gedanken beim Selbstgespräch und die Flüchtigkeit des gesprochenen Wortes.

15 Der Grund für den absoluten Schutz eines Kernbereichs der Persönlichkeitsentfaltung besteht in der Eröffnung einer Möglichkeit für Menschen, sich in einem letzten Rückzugsraum mit dem eigenen Ich befassen zu können, ohne Angst davor haben zu müssen, dass staatliche Stellen dies überwachen (vgl. Senat, Urteil vom 16. März 1983 – 2 StR 775/82, BGHSt 31, 296, 299 f.). Die Gedanken sind grundsätzlich frei, weil Denken für Menschen eine Existenzbedingung darstellt (vgl. Mahrenholz/Böckenförde/Graßhof/Franßen in BVerfG, Beschluss vom 14. September 1989 – 2 BvR 1062/87, BVerfGE 80, 367, 381). Den Gedanken fehlt aus sich heraus die Gemeinschaftsbezogenheit, die jenseits des Kernbereichs der Persönlichkeitsentfaltung liegt. Gleiches gilt für die Gedankenäußerung im nicht öffentlich geführten Selbstgespräch (vgl. BGH, Urteil vom 10. August 2005 – 1 StR 140/05, BGHSt 50, 206, 213). Gedanken werden typischerweise in Form eines »inneren Sprechens« entwickelt (vgl. Tönnies, Selbstkommunikation, 1994, S. 16). Denken und Sprache, die dem Menschen als einzigem Lebewesen zur Verfügung steht, sind untrennbar miteinander verbunden. Die Gedankeninhalte des inneren Sprechens treten vor allem in Situationen, in denen der Sprechende sich unbeobachtet fühlt, durch Aussprechen hervor. Das möglicherweise unbewusste »laute Denken« beim nichtöffentlich geführten Selbstgespräch nimmt sodann an der Gedankenfreiheit teil. Bedeutung für die Zuordnung zum Kernbereich der Persönlichkeitsentfaltung hat dabei auch die Nichtöffentlichkeit der Äußerungssituation. Zwar fanden die hier in Rede stehenden Selbstgespräche nicht in einer Wohnung im Sinne von Art. 13 Abs. 1 GG statt, woraus sich eine »Vermutung« hätte ergeben können, »dass der Kernbereich tangiert sein kann« (vgl. BGH, Urteil vom 10. August 2005 – 1 StR 140/05, BGHSt 50, 206, 210); dies folgt auch aus dem Zusammenhang von § 100 c Abs. 4 mit § 100 f StPO. Hieraus ist aber nicht zu schließen, dass der Schutz des Kernbereichs der Persönlichkeit in Bezug auf Äußerungen sich ausschließlich auf den räumlichen Bereich von Wohnungen beschränke. Vielmehr kann auch das »Alleinsein mit sich selbst« in einem Pkw diesen Schutz begründen. Es bestand aus der Sicht des Angeklagten S. K. nicht die Gefahr, dass andere Personen den Inhalt seiner Äuße-

rungen im Selbstgespräch erfassten. Der rechtlich geringere Schutz des Aufenthaltsorts im Auto gegenüber der Wohnung im Sinne von Art. 13 Abs. 1 GG (zur Relativierung bei der Äußerung im Krankenzimmer BGH, Urteil vom 10. August 2005 – 1 StR 140/05, BGHSt 50, 206, 212) wird hier deshalb im Einzelfall dadurch kompensiert, dass tatsächlich das Risiko einer Außenwirkung der spontanen Äußerungen nahezu ausgeschlossen war; das Selbstgespräch konnte nur durch eine heimliche staatliche Überwachungsmaßnahme erfasst werden. Die Nichtöffentlichkeit der Gesprächssituation war daher bei einer Gesamtbewertung der Umstände des Einzelfalls derjenigen in einer Wohnung gleichzusetzen.

16 b) Auf den Inhalt der Gedankenäußerung und dessen mehr oder weniger großen Sozialbezug kommt es demgegenüber bei Selbstgesprächen nicht entscheidend an. Insoweit gilt etwas anderes als bei der Fixierung von Gedanken in einem Tagebuch oder bei der Erfassung des Gesprächs eines Beschuldigten mit Dritten.

17 Die Tagebuchentscheidung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG, Beschluss vom 14. September 1989 – 2 BvR 1062/87, BVerfGE 80, 367, 374), bei der wegen Stimmengleichheit eine Grundrechtsverletzung nicht festgestellt werden konnte, kann nicht ohne Weiteres auf die Frage der Zuordnung des heimlich abgehörten Selbstgesprächs zum Kernbereich der Persönlichkeitsentfaltung oder zur allgemeinen Persönlichkeitsphäre übertragen werden. War dort der Raum, in dem die Anfertigung von Notizen stattfand, für die Frage der Verwertbarkeit der schriftlich fixierten Gedanken im Strafverfahren ohne Belang, weil die Notizen freiwillig der Sicherstellung preisgegeben wurden, so erlangt im vorliegenden Fall das Kriterium der Nichtöffentlichkeit des Ortes der Gedankenäußerung erhebliche Bedeutung. Spielte in der Tagebuchentscheidung die Flüchtigkeit des gesprochenen Wortes keine Rolle, weil der Betroffene seine Gedanken dort im Tagebuch fixiert und bei diesem Schreibvorgang unter Umständen auch noch repetiert hatte, so erlangt die Flüchtigkeit des gesprochenen Wortes als Abgrenzungskriterium im vorliegenden Fall besonderes Gewicht. In der Tagebuchentscheidung waren überdies auch präventive Überlegungen für die Annahme der Verwertbarkeit von Bedeutung (a. a. O. S. 377, 380), weil die dort fraglichen Tagebuchaufzeichnungen vor der Tatbegehung gemacht worden waren und bei rechtzeitiger Erfassung durch die Polizeibehörden theoretisch auch zur Verhinderung der Tat als Maßnahme der Gefahrenabwehr hätten genutzt werden können. Dagegen spielt die Möglichkeit der Prävention zugunsten anderer Grundrechtsträger als Frage der Grundrechtskollision hier keine Rolle (vgl. auch BGH, Urteil vom 10. August 2005 – 1 StR 140/05, BGHSt 50, 206, 214).

18 Das »Selbstgespräch« kann auch nicht mit einem Zwiegespräch gleichgesetzt werden, das regelmäßig nicht dem absolut geschützten Kernbereich der Persönlichkeitsentfaltung zuzuordnen ist, wenn es mit seinem Inhalt einen Tatbezug und damit Sozialbezug aufweist (vgl. BVerfG, Urteil vom 3. März 2004 – 1 BvR 2378/98, 1084/99, BVerfGE 109, 279, 319; Beschluss vom 12. Oktober 2011 – 2 BvR 236/08 u. a.; Beschluss vom 7. Dezember 2011 – 2 BvR 2500/09 u. a.; vgl. auch § 100 c Abs. 4 Satz 3 StPO). Es unterscheidet sich von einem solchen Gespräch schon dadurch, dass die Äußerungen nicht auf Verständlichkeit angelegt und jedenfalls auch durch unwillkürlich auftretende Bewusstseinsinhalte gekennzeichnet sind (BGH, Urteil vom 10. August 2005 – 1 StR 140/05, BGHSt 50, 206, 213).

19 c) Der somit gebotene Kernbereichsschutz entfällt nur, wenn der Grundrechtsträger den Bereich der privaten Lebens-

gestaltung von sich aus öffnet, bestimmte Angelegenheiten der Öffentlichkeit zugänglich macht und damit die Sphäre anderer oder die Belange der Gemeinschaft berührt (vgl. BGH, Urteil vom 25. Oktober 2011 – VI ZR 332/09). Dies geschieht nicht ohne weiteres schon dadurch, dass er sich außerhalb des besonders geschützten Bereichs seiner Wohnung im Sinne von Art. 13 Abs. 1 GG aufhält, sofern er einen anderen Rückzugsraum wählt, in dem er sich unbeobachtet fühlen kann. Das war hier hinsichtlich des Pkw der Fall. Nach außen gerichtete Äußerungen in einem Pkw, in dem die betreffende Person allein ist, können nicht Äußerungen in der Öffentlichkeit gleichgestellt werden. Es bleibt deshalb bei der Zuordnung der Selbstgespräche des Angeklagten S. K. zum absolut geschützten Kernbereich der Persönlichkeitsentfaltung mit der Folge ihrer Unverwertbarkeit.

20 2. Das Beweisverbot entfaltet wegen seiner Absolutheit, die ein Beweiserhebungsverbot für die Hauptverhandlung bezüglich der im Vorverfahren erlangten Informationen einschließt (vgl. Schwaben, Die personelle Reichweite von Beweisverwertungsverboten, 2005, S. 101 f.), seine Wirkung auch auf die nicht unmittelbar von der akustischen Überwachung im Vorverfahren betroffenen Mitangeklagten.

21 Die Unverwertbarkeit des Selbstgesprächs von S. K. als Indiz für und gegen alle Angeklagten (zur Frage der »Überkreuzverwertung« Jahn, Gutachten C zum 67. Deutschen Juristentag 2008, C 114 f.) entspricht den Verboten, die in §§ 100 a Abs. 4 Satz 2, 100 c Abs. 5 Satz 3 StPO für den Fall des Eingriffs in den absolut geschützten Kernbereich der Persönlichkeitsentfaltung positivrechtlich geregelt sind. Der Gesetzgeber hat dort für den Fall, dass tatsächlich der Kernbereich betroffen ist, jede Verwendung der hierüber erlangten Informationen im Strafverfahren ausgeschlossen. Er ist damit nicht dem Gedanken gefolgt, dass Beweisverwertungsverbote auch mit Blick auf die Ambivalenz ihrer Beweisbedeutung als Be- oder Entlastungsbeweis ausschließlich den Bedeutungsgehalt von Belastungsverboten haben sollen (vgl. dazu BGH, Urteil vom 10. August 2005 – 1 StR 140/05, BGHSt 50, 206, 215; Jahn a. a. O. C 112 ff.). Zwar hat der Gesetzgeber in § 100 f StPO auf eine entsprechende Kernbereichsregelung verzichtet, jedoch gilt für das unmittelbar aus der Verfassung abgeleitete Beweisverwertungsverbot in diesem Zusammenhang nichts anderes. Auch Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG spricht gegen die Verwertbarkeit der Selbstgesprächsinhalte für oder gegen Dritte, weil insoweit ein selbständiges Beweisverwertungsverbot begründet wird (vgl. zur ausnahmsweise absoluten Wirkung eines Beweisverbots im Übrigen auch §§ 136 a Abs. 3, 69 Abs. 3 StPO).

22 3. Das Urteil beruht hinsichtlich aller Angeklagten auf der Verletzung von Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG. Das Selbstgespräch wurde als Indiz für die Tatbegehung überhaupt sowie für die Täterschaft des Angeklagten S. K. herangezogen. Obwohl eine Reihe von weiteren Indizien für dieses Beweisergebnis spricht, kann der Senat nicht sicher ausschließen, dass die Verurteilung des Angeklagten S. K. auf der Verwertung seiner Äußerungen in den überwachten Selbstgesprächen beruht. Das Landgericht hat daraus auch Hinweise auf die Mittäterschaft der Mitangeklagten I. und W. K. entnommen. Auch deren Verurteilung beruht auf der Verwertung der Selbstgespräche. Ob eine Verurteilung eines Angeklagten oder mehrerer Angeklagten auch ohne die Verwertung der aufgezeichneten Selbstgespräche des Angeklagten S. K. möglich ist, muss dem neuen Tatrichter vorbehalten bleiben.

Anmerkung

Mit der vorstehend abgedruckten Entscheidung setzt der 2. Strafsenat des BGH seine mit BGHSt 50, 206 begonnene Rechtsprechung zur Unverwertbarkeit von Selbstgesprächen fort. Selbstgespräche fallen nach Auffassung des Senats – jedenfalls dann, wenn sich der Äussernde innerhalb geschützter Räumlichkeiten aufhält – in den absolut geschützten Kernbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts. Der Zuordnung von Selbstgesprächen zum absolut geschützten Kernbereich des Persönlichkeitsrechts, die in der Literatur ganz überwiegend positiv aufgenommen worden ist,¹ kann im Ergebnis zugestimmt werden.² Fragen wirft allerdings der vom Senat herangezogene methodische Ansatz zur Bestimmung des Kernbereichs auf (vgl. nachfolgend I.).

Erkenntnisse über Selbstgespräche sind, soweit diese dem absolut geschützten Kernbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts zuzuordnen sind, nach Auffassung des Senats nicht nur nicht verwertbar, sondern es soll *jede Verwendung* der erlangten Informationen in einem Strafverfahren ausgeschlossen sein. Was der Senat mit dieser Bemerkung sagen will, bleibt etwas unbestimmt. Wenn man diese These ernst nimmt, wird man aber nicht nur die Verwendung als Spurenansatz verneinen müssen – wofür man sich auf entsprechende Ansätze in der Rechtsprechung des BVerfG stützen kann³ –, sondern man wird auch die Frage klären müssen, ob das absolute Verwertungsverbot auch die Verwendung als Entlastungsbeweis ausschließt (vgl. unten II.).

I. In der strafprozessualen Literatur ist die vom Bundesverfassungsgericht kreierte und in ständiger Rechtsprechung vertretene Figur des absolut geschützten Kernbereichs des allgemeinen Persönlichkeitsrechts⁴ überwiegend sehr skeptisch beurteilt worden.⁵ Krauss hat bereits vor beinahe vierzig Jahren festgehalten, dass die Ausführungen des BVerfG zur Konturierung dieses Kernbereichs nichtssagend seien,⁶ und Amelung hat dem Begriff des Kernbereichs Konturenlosigkeit attestiert und ihm die Subsumtionsfähigkeit abgesprochen.⁷ Der vom BVerfG vertretene – und vom 2. Strafsenat übernommene – Ansatz, den Kernbereich im Wege einer Einzelfallbetrachtung bestimmen zu wollen, lässt – so die gängige Kritik – vom angeblich abwägungsfesten Kernbereich⁸ letztlich praktisch nichts übrig⁹ und ist deshalb – in den Worten Schünemanns – »mehr ein politisches Schlagwort als eine juristisch brauchbare Kategorie«¹⁰. Wolter hat hieran anknüpfend festgehalten: »Um die Rechtssicherheit ist es schlecht bestellt«¹¹ und Rogall ist sogar so weit gegangen, die einschlägige Rechtsprechung als »Kernbereichsmystik« zu bezeichnen.¹²

Die Rechtsprechung des 2. Strafsenats zur Unverwertbarkeit der Aufzeichnungen von Selbstgesprächen scheint dieser Kritik insoweit den Wind aus den Segeln zu nehmen, als nun doch ein abgrenzbarer Kernbereich erkennbar wird. Dass der absolut geschützte Kernbereich jedenfalls das in besonders geschützten Räumlichkeiten geführte Selbstgespräch umfassen soll, ist nun ohne Frage nicht nichts. Es fragt sich aber, ob der 2. Strafsenat mit dem Abstellen auf die in der Rechtsprechung des BGH beliebte umfassende Gesamtabwägung das methodisch richtige Konzept zur Abgrenzung des Anwendungsbereichs gewählt hat.

Der Senat vertritt die Auffassung, dass die Zurechnung zum absolut geschützten Kernbereich »durch eine Gesamtbewertung aller Umstände im Einzelfall« festzustellen sei.¹³ Während in BGHSt 50, 206 (210 ff.) noch auf »die Art des Raums, in dem das Selbstgespräch geführt wurde«, sowie auf »Art und Inhalt der Äusserungen« abgestellt worden ist, benennt der Senat in der vorstehend abgedruckten Entscheidung als relevante Kriterien:

»die Eindimensionalität der ›Selbstkommunikation‹, die Nicht-öffentlichkeit der Äusserungssituation, die mögliche Unbewusstheit der Äusserungen im Selbstgespräch, die Identität der Äusserung mit den inneren Gedanken beim Selbstgespräch und die Flüchtigkeit des gesprochenen Wortes«.

Diese Aufsplitterung der Kriterien scheint auf den ersten Blick darauf hinzudeuten, dass anhand feinerer Kriterien eine genauere Abgrenzung ermöglicht werden soll. Bei näherem Hinsehen wird dann aber schnell deutlich, dass jedenfalls die Kriterien der Eindimensionalität der Kommunikation, der möglichen Unbewusstheit der Äusserung und der Identität der Äusserung mit inneren Gedanken nichts anderes darstellen als eine Umschreibung des Phänomens »Selbstgespräch«. Gleiches gilt für das Kriterium der Flüchtigkeit des gesprochenen Wortes, dessen Funktion im Übrigen ganz offenbar vor allem darin besteht, die Abweichung von der Tagebuch-Entscheidung des BVerfG zu begründen. Wenn es allerdings tatsächlich so liegt, dass sowohl die mündliche als auch die schriftlich fixierte Selbstkommunikation der Selbststabilisierung dient,¹⁴ dann ist wohl keine Differenzierung dieser beiden Fallgestaltungen geboten, sondern vielmehr eine Synchronisierung,¹⁵ wobei man diesbezüglich im Anschluss an Roxin¹⁶ davon auszugehen hat, dass heute – d. h. in der Zeit nach BVerfGE 109, 279 – auch das BVerfG in den Tagebuchfällen konsequenterweise einen Eingriff in den Kernbereich annehmen müsste. Das nochmalige Überdenken der

1 Vgl. – zu BGHSt 50, 206 – Ellbogen NStZ 2006, 179 ff.; Lindemann/Reichling StV 2005, 650 ff.; Kolz NJW 2005, 3248 (3249); Roxin, FS Böttcher, 2007, S. 173; dezidiert ablehnend Rogall, FS Fezer, 2008, S. 65 ff.

2 Vgl. auch bereits Dalakouras, Beweisverbote bezüglich der Achtung der Intimsphäre, 1988, S. 264; Frank, Die Verwertbarkeit rechtswidriger Tonbandaufnahmen Privater, 1996, S. 103; Müller, Der sogenannte »Große Lauschangriff« – eine Untersuchung zu den Rechtsproblemen der Einführung der elektronischen Wohnraumüberwachung zur Beweismittegewinnung, 2000, S. 71; Warntjen, Heimliche Zwangsmassnahmen und der Kernbereich privater Lebensgestaltung, 2007, S. 54.

3 Vgl. BVerfGE 109, 279 (314 und 332 ff.) und hierzu Roxin, FS Böttcher, 2007, S. 163 f.; Warntjen (Fn. 2), S. 69 ff.; vgl. auch Krekeler/Löffelmann, in: AnwK-StPO, 2. Aufl., 2010, Einl. Rdn. 144.

4 Vgl. BVerfGE 6, 32 (41) und seither ständige Rechtsprechung, vgl. insbesondere BVerfGE 80, 367 (373) sowie BVerfGE 109, 279 (313), jeweils m. w. N.; zur Rechtsprechung des BVerfG vgl. auch den Überblick bei Warntjen (Fn. 2), S. 53 ff.; Krauss, FS Gallas, 1973, S. 378 ff.; LR/Gössel, 26. Aufl., Einl. Abschn. I Rdn. 83 ff.

5 Zur Kritik vgl. LR/Gössel Einl. Abschn. I Rdn. 89 ff.; grundsätzlich positiv zur Figur des Kernbereichs privater Lebensgestaltung dagegen SK-StPO/Wolter § 100 c Rdn. 54 ff., § 100 f Rdn. 33 ff., 39.

6 Krauss, FS Gallas, 1973, S. 379.

7 Amelung NJW 1990, 1753 (1755).

8 Dass der Kernbereich notwendigerweise im Wege einer Abwägung bestimmt werden muss, betont dezidiert Baldus JZ 2008, 218 (224 f.); vgl. auch bereits Schünemann ZStW 90 (1978), 11 (22). Zum Konzept einer auf mehreren Faktoren beruhenden Bestimmung des Kernbereichs vgl. Lindemann JR 2006, 191 (197).

9 So insbesondere Geis JZ 1991, 112 (115); Lorenz GA 1992, 254 (264 f.).

10 Schünemann ZStW 90 (1978), 11 (21).

11 Wolter StV 1990, 175; vgl. auch Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, 26. Aufl., 2009, § 24 Rdn. 56.

12 Rogall, FS Fezer, 2008, S. 61.

13 Zur Maßgeblichkeit des Einzelfalles vgl. auch bereits BVerfGE 80, 367 (374); 109, 279 (314) sowie BGHSt 50, 206 (210), wo es heisst, dass massgebend für die Zuordnung zum Kernbereich »eine Kumulation mehrerer Umstände« gewesen sei.

14 Vgl. Lindemann/Reichling StV 2005, 650 (652).

15 Vgl. Rogall, FS Fezer, 2008, S. 71 unter Hinweis darauf, dass in BVerfGE 109, 279 (319) Aufzeichnungen und Äusserungen einander gleichgestellt werden.

16 Roxin, FS Böttcher, 2007, S. 163.

Tagebuchentscheidung des BVerfG ist im Übrigen auch deshalb geboten, weil der BGH in seinen Entscheidungen zu den Selbstgesprächen das in BVerfGE 80, 367 (374) noch im Vordergrund stehende,¹⁷ in BVerfGE 109, 279 (319) aber bereits wieder relativierte Kriterium des Inhalts der in Frage stehenden Äusserungen nunmehr sogar gänzlich verabschiedet hat: Selbstgespräche sind seiner Auffassung nach selbst dann als Teil des absoluten Kernbereichs geschützt, wenn sie sich unmittelbar auf eine bereits begangene Straftat beziehen.¹⁸

Das nach alledem im bunt Strauss der vom Senat genannten Abwägungsfaktoren letztlich allein verbleibende Kriterium der Nichtöffentlichkeit der Äusserungssituation hat ganz offenbar vor allem die Funktion, die Möglichkeit einer abweichenden Entscheidung für die Fallgestaltungen offen zu halten, in denen sich der innere Monolog in Situationen manifestiert, in denen der Betroffene, wenn er dies nur reflektiert hätte, damit hätte rechnen müssen, dass seine Äusserungen von Dritten zur Kenntnis genommen werden können – wobei man sich dann allerdings angesichts der auch vom BGH betonten partiellen Unbeherrschbarkeit derartiger Äusserungen¹⁹ fragen muss, ob dies eine sachlich überzeugende Differenzierung wäre. Nach der Rechtsprechung des BVerfG ist die Grenze des Unverfügbaren im Strafverfahren dann erreicht, wenn »durch die Art der ergriffenen Maßnahme die Subjektqualität des Betroffenen grundsätzlich in Frage gestellt wird.«²⁰ Wenn und soweit es sich bei Selbstgesprächen aber um »Äusserungen des unbewussten Erlebens«²¹ handelt, wird man bezweifeln müssen, dass es auf den Ort ankommen kann, an dem sich der Äussernde im fraglichen Moment gerade aufhält. So ist z. B. der Fall denkbar, dass sich ein Beschuldigter während einer Vernehmungspause allein in dem Raum aufhält, in dem die Vernehmung durchgeführt wird. Wenn er nun in dieser Situation ein Selbstgespräch führt, kann es geschehen, dass dieses Gespräch von einem Vernehmungsbeamten mitgehört wird, der sich – zufällig oder planmässig – in gerade diesem Augenblick wieder in den Raum zurück begibt. Sollen die Wahrnehmungen, die der Beamte bei dieser Gelegenheit macht, verwertbar oder unverwertbar sein? Dass der Beschuldigte sich nicht in einer geschützten Räumlichkeit aufhält und dass er damit rechnen musste, dass andere Personen jederzeit den Raum betreten können, ist kein wirklich überzeugendes Argument, wenn man gleichzeitig davon ausgeht, dass Selbstgespräche allenfalls bedingt kontrollierbar sind.

Im Ergebnis wird die Praxis zukünftig davon auszugehen haben, dass – in Anlehnung an die Raumgesprächsentscheidung des BGH²² – Selbstgespräche jedenfalls dann dem absolut geschützten Kernbereich zugerechnet werden, wenn sie in besonders geschützten Räumlichkeiten geführt werden.²³ Demgegenüber bleibt aber schon die Einordnung eines im eigenen Garten oder während eines einsamen Waldspaziergangs geführten Selbstgesprächs fraglich. Dass der BGH eine auf einer belebten Strasse oder – wie im oben gebildeten Beispiel – in einem Vernehmungszimmer gefallene Äusserung dem absolut geschützten Kernbereich zurechnen wird, wird man wohl eher bezweifeln müssen – gänzlich ausgeschlossen ist dies aber auch nicht. Der massgebliche Grund dafür, dass der Senat auf der propagierten Einzelfallabwägung besteht, dürfte darin liegen, dass sich das Gericht so die maximale Flexibilität dafür verschafft, das im Einzelfall als sachgerecht eingestufte Ergebnis erzielen zu können.²⁴

Erkauft wird diese Flexibilität durch einen Verlust an Rechtssicherheit, was nicht nur aus der Sicht des Beschuldigten und der Verteidigung zweifelhaft erscheint, sondern – wie nachfolgend

zu zeigen ist – auch für die Strafverfolgungsbehörden massive Probleme bei der praktischen Umsetzung begründet. Auch wenn man – argumendi causa – unterstellt, dass auf dem Wege der vom Senat propagierten Einzelfallabwägung die im Einzelfall sachgerechten Ergebnisse produziert werden können: Ob in einem konkreten Fall der Kernbereich betroffen ist oder nicht, weiss man unter Zugrundelegung des methodischen Konzepts des BGH verbindlich immer erst dann, wenn der jeweils in Frage stehende Einzelfall in Karlsruhe begutachtet worden ist. Genau dies ist nun aber höchst problematisch, wenn man gleichzeitig postuliert, dass im Falle der Kernbereichsbetroffenheit ein umfassendes Verwertungs- und Verwendungsverbot besteht. Wie sollen die Strafverfolgungsbehörden vorgehen, wenn sie mit einem potenziellen Fall von Kernbereichsbetroffenheit konfrontiert sind? Wenn sie die Äusserung als Spurenansatz verwenden – wozu sie im Falle der Nichtzuordnung zum Kernbereich ja nicht nur berechtigt, sondern im Hinblick auf §§ 160 Abs. 1, 244 Abs. 2 StPO sogar verpflichtet sind –, riskieren sie, dass im Falle der Zuordnung zum Kernbereich die Untersuchungsergebnisse insgesamt kontaminiert sind. Wenn sie andererseits annehmen, dass die Zuordnung zum Kernbereich erfolgen könnte, müssten sie die entsprechenden Informationen entweder vernichten – das BVerfG verlangt in BVerfGE 109, 279 (332 ff.) die unverzügliche Löschung entsprechender Daten – oder diese doch zumindest so aufbewahren, dass sie für die Personen, welche die Ermittlungen führen, nicht zugänglich sind, da anderenfalls dem Vorwurf, die Informationen seien als Spurenansatz verwendet worden, nur schwer zu begegnen sein wird. Mit anderen Worten: Jedenfalls dann, wenn man nicht nur von einem Verwertungs-, sondern von einem umfassenden Verwendungsverbot ausgeht, gibt die vom Senat propagierte Einzelfallabwägung den Strafverfolgungsbehörden eher Steine statt Brot.

II. Auch wenn man mit dem 2. Strafsenat die Unverwertbarkeit von Selbstgesprächen bejaht, muss man sich noch die Frage stellen, ob das Verwertungsverbot tatsächlich so absolut sein soll, dass auch die Verwertung als Entlastungsbeweis ausgeschlossen wird.²⁵ Die Vorstellung, dass man dem Beschuldigten den Nachweis seiner Unschuld bzw. seine Entlastung unter Hinweis darauf verwehrt, dass dies dem Schutz seines Persönlichkeitsrechts und seiner Menschenwürde diene, ist ein kontraintuitives Ergebnis und dürfte von jedem betroffenen Beschuldigten als geradezu zynisch wahrgenommen werden.²⁶

17 Kritisch insoweit Lorenz GA 1992, 254 (261 ff.); Wolter StV 1990, 175 (176 ff.).

18 So auch bereits Roxin, FS Böttcher, 2007, S. 163; SK-StPO/Wolter § 100 c Rdn. 63 ff.; ablehnend hierzu Rogall, FS Fezer, 2008, S. 67 ff. und S. 76 f.

19 Vgl. auch BGHSt 50, 206 (213): »Das Gespräch mit sich selbst ist gekennzeichnet durch unwillkürlich auftretende Bewusstseinsinhalte«.

20 BVerfGE 109, 279 (312/313).

21 BVerfGE 109, 279 (313).

22 Vgl. BGHSt 31, 296 (299 f.) und hierzu Roxin, FS Böttcher, 2007, S. 166 f.

23 So auch bereits Roxin/Schünemann (Fn. 11), § 36 Rdn. 45; Roxin, FS Böttcher, 2007, S. 173; zur Kategorisierung der Räumlichkeiten vgl. Warntjen (Fn. 2), S. 62 ff.

24 Zur Orientierung der Revisionsrechtsprechung am Ziel der im Einzelfall als »sachgerecht« angesehenen Entscheidung vgl. Fezer NStZ 2010, 177 (182); ders. NStZ 2011, 49 (50); Wohlers JZ 2011, 78 f.

25 Vgl. dazu bereits BGHSt 42, 191 (194 f.); 50, 206 (214) mit Anm. Ellbogen NStZ 2006, 179 (181); vgl. auch Roxin/Schäfer/Widmaier, FS Strauda, 2006, S. 435 ff.

26 Vgl. Hamm StraFo 1998, 361 (363); vgl. auch Jahn, Gutachten C zum 67. DJT, 2008, C 113 sowie Roxin/Schäfer/Widmaier, FS Strauda, 2006, S. 436 f., die in diesem Zusammenhang eine verfassungskonforme teleologische Reduktion des § 136 a Abs. 3 S. 2 propagieren.

Wenn man die Differenzierung zwischen Belastungs- und Entlastungsbeweisen mit einer heute nur noch vereinzelt vertretenen Auffassung gänzlich verwirft, wird man dieses Ergebnis allerdings in Kauf nehmen müssen.²⁷

Anders liegt es dann, wenn man mit einer in der Literatur zunehmend vertretenen Auffassung den Standpunkt einnimmt, dass die Verwertung als Entlastungsbeweis stets zulässig (und geboten) ist. Zur Begründung dieses Standpunktes wird von *Roxin/Schäfer/Widmaier* darauf verwiesen, dass es rechtsstaatlich unerträglich sei, dass ein Gericht sehenden Auges »einen Unschuldigen oder weniger Schuldigen zum Opfer eines Fehlurteils« machen muss. Deshalb gelte: »[D]en entlastenden Gehalt des dem Verwertungsverbot unterliegenden Beweismittels muss das Gericht stets aufgreifen. Dies ist ein jeder Disposition entzogenes Gebot des rechtsstaatlichen Strafverfahrens. Diese objektiven Gebote der fairen, rechtsstaatlichen Strafverfolgung gelten in derselben Weise auch dann, wenn das konkrete Verwertungsverbot der Dispositionsbefugnis des Angeklagten nicht unterliegt.«²⁸ Und *Amelung* hat – schon vor mehr als zwei Jahrzehnten – darauf hingewiesen, dass es zwar nicht angehen könne, dass zum Zwecke der möglichen Entlastung von Amtes wegen in einen Geheimbereich eingegriffen werde; wenn aber die Ausforschung – berechtigt oder unberechtigt – bereits stattgefunden habe, dann müsse die Verwendung als Entlastungsbeweis auch ohne oder gegen den Willen des Betroffenen möglich sein.²⁹

Aus der Sicht der Strafverteidigung scheint der vorstehend skizzierte Standpunkt bei erster Betrachtung nur Vorteile und keine Nachteile zu beinhalten. Bei näherer Betrachtung stellt sich dann aber doch die Frage, ob man den Strafverfolgungsorganen nicht etwas psychologisch Unmögliches zumutet, wenn man von ihnen verlangt, die belastenden Elemente auszublenden, während sie die entlastenden Elemente zu berücksichtigen haben. Und gerade dann, wenn man nicht nur ein Verwertungsverbot, sondern ein Verwendungsverbot statuiert, wird diese Problematik nochmals akzentuiert: Wie soll einerseits sicher gestellt werden können, dass die in Frage stehenden Erkenntnisse nicht als Spurenansatz verwendet worden sind, wenn sie nicht aus den Akten entfernt worden sind? Und wie soll andererseits die Verwendung als Entlastungsbeweis erfolgen können, wenn die in Frage stehenden Erkenntnisse aus der Akte entfernt bzw. so dokumentiert werden, dass sie für die Strafverfolgungsbehörden nicht mehr zugänglich sind?

Selbstverständlich kann man den vorstehend skizzierten Bedenken entgegenhalten, dass diese ein Problem ansprechen, das bei allen Verwertungsverboten zu bewältigen ist. Dieser Einwand ändert aber nichts daran, dass nach einem Konzept zu suchen ist, das dem berechtigten Anliegen Rechnung trägt, dem Beschuldigten die Möglichkeit einer Entlastung zu erhalten, das aber gleichzeitig auch den aufgezeigten Bedenken Rechnung trägt. Ein solches Konzept ist denkbar, wenn man dem Beschuldigten zugesteht, über die Verwertbarkeit eigentlich unverwertbarer Erkenntnisse disponieren zu können.³⁰ Das Abstellen auf die Dispositionsbefugnis des Beschuldigten ist allerdings dann nicht unproblematisch, wenn es – wie vorliegend – um Verwertungsverbote geht, die dem Schutz der Menschenwürde dienen sollen.³¹ Der 2. Strafsenat hat nun aber in der vorstehend abgedruckten Entscheidung ausgeführt, dass der Kernbereichsschutz dann entfallen soll, »wenn der Grundrechtsträger den Bereich der privaten Lebensgestaltung von sich aus öffnet«.³² Wenn man diesen Gedanken dahingehend weiter entwickelt, dass diese Öffnung auch im Nachhinein erfolgen kann, dann wäre der Weg frei, dass der Beschuldigte sein Selbstgespräch auch nach-

träglich aus dem absolut geschützten Kernbereich entlassen kann.³³

Diese Entlassung aus dem Kernbereich wäre dann allerdings keine partielle, sondern eine integrale. Dies würde zum einen die Problematik der selektiven Verwertung (»Rosinentheorie«)³⁴ erledigen, d. h. die in Frage stehenden Beweismittel wären sowohl als Entlastungs- als auch als Belastungsbeweis verwertbar³⁵ – und dies auch etwaigen Mitbeschuldigten gegenüber.³⁶ Darüber hinaus würde auch noch die Problematik entschärft, die *Hamm* plastisch dahingehend umschrieben hat, dass »Ermittlungsergebnisse eine Zeitlang »schwebend unwirksam« oder »aufschiebend bedingt« in den Akten herumspuken«.³⁷ Es wäre nämlich so, dass diese Erkenntnisse als unverwertbar und unverwendbar zu behandeln sind (zu den Konsequenzen oben I. am Ende). Hieran würde sich erst und nur dann etwas ändern, wenn der betroffene Beschuldigte auf den Kernbereichsschutz verzichtet und das Beweismittel damit – dann aber integral – aus dem Kernbereichsschutz entlässt. Dass das Beweismittel mit der Entlassung aus dem Kernbereich auch als Belastungsbeweis zur Verfügung steht, ist angemessen, wenn es im Ermessen des Beschuldigten liegt, darüber zu entscheiden, ob das Beweismittel aus dem Kernbereichsschutz entlassen werden soll oder nicht. Der Rechtsstellung des Beschuldigten als eigenverantwortliches Subjekt des Verfahrens wird dieses Konzept nach hier vertretener Auffassung eher gerecht als ein Ansatz, bei dem die generelle Verwertbarkeit von Entlastungsbeweisen dadurch erkaufte werden muss, dass der Beschuldigte nur noch darauf hoffen kann, dass die Strafverfolgungsbehörden seinem Interesse an der Nichtverwendung belastender Erkenntnisse Rechnung tragen werden.

Prof. Dr. Wolfgang Wohlers, Universität Zürich

27 So z. B. *Meyer-Gossner*, StPO, 54. Aufl., 2011, Einl. Rdn. 55 a; *Radtke*, in: *Radtke/Hohmann*, StPO, 2011, Einl. Rdn. 85; w.N. bei *Jahn* (Fn. 26) C 112 Fn. 525; a. A. *Dencker*, Verwertungsverbote im Strafprozeß, 1977, S. 73 ff.; *Rogall* ZStW 91 (1979), 1 (38); *Roxin/Schäfer/Widmaier*, FS Strauda, 2006, S. 436; *Wesslau* StV 2010, 41 (45): Verwertungsverbote sind »Belastungsverbote«.

28 So *Roxin/Schäfer/Widmaier*, FS Strauda, 2006, S. 441 ff. (das konkrete Zitat findet sich auf S. 443; Hervorhebungen im Original); vgl. auch *Jahn* (Fn. 26), C 113 f.; *Ranft*, FS Spindel, 1992, S. 371; offen gelassen in BGH StV 2009, 113 mit Anm. *Roxin*.

29 *Amelung* NJW 1990, 1753 (1758).

30 Vgl. hierzu *Amelung* StraFo 1999, 181 (184); *Hamm* StraFo 1998, 361 (364 f.); *Kleinknecht* NJW 1966, 1537 (1544); *Nack* StraFo 1998, 366 (367 ff.).

31 Vgl. *Güntge* StV 2005, 403 (405), der in diesen Fällen dann den Zweifelsatz zur Anwendung kommen lassen will. Gegen diesen Ansatz spricht allerdings, dass es bei einem umfassenden Verwertungsverbot gar nichts gibt, auf das die Zweifel gestützt werden können, vgl. *Roxin/Schäfer/Widmaier*, FS Strauda, 2006, S. 439 f.

32 Insoweit gelten die gleichen Überlegungen, die auch bereits zum freiwilligen Lügendetektortest angestellt worden sind. Zur Vereinbarkeit des freiwilligen Tests mit der Menschenwürde vgl. BGHSt 44, 308 (316 f.) mit insoweit zust. Anm. *Amelung* JR 1999, 382 (383 f.); *Landau*, NJW Sonderheft für Gerhard Schäfer, 2002, S. 44 f.; *Amelung* NStZ 1982, 38 ff.).

33 So bereits – bezogen auf die Tonband- und Tagebuchfälle – *Kleinknecht* NJW 1966, 1537 (1544).

34 Zu dieser vgl. *Nack* StraFo 1998, 366 (371); *Roxin/Schäfer/Widmaier*, FS Strauda, 2006, S. 440.

35 Zur schon rein praktisch gesehen unmöglichen Teilung der Verwertbarkeit vgl. auch *Amelung* StraFo 1999, 181 (183); *Hamm* NJW 1996, 2185 (2187).

36 Vgl. hierzu bereits *Amelung* StraFo 1999, 181 (184 f.).

37 *Hamm* StraFo 1998, 361 (362).